

A Teoria Moderna do Crime Omissivo

Luciana Sperb Duarte*

1. Justificativa

No estudo do Direito Penal, poucos tópicos suscitam tantas perplexidades como a teoria dos crimes omissivos. A respeito, Heleno Fragoso chegou mesmo a afirmar que a omissão punível constitui “um dos temas mais difíceis e uma das questões mais tormentosas da ciência do Direito Penal”.¹

A constatação, longe de desestimular a pesquisa, aguçou-nos a curiosidade a respeito do assunto, incitando-nos a empreender esforços para tentar aclarar o tema.

O presente trabalho propõe a discussão da questão, enfocando especialmente os atualíssimos temas da imputação objetiva e da tentativa na omissão e do círculo especial de agentes nos crimes omissivos impróprios.

2. Breve esboço histórico

A despeito de a regulamentação dos crimes omissivos haver sido feita desde os primeiros diplomas legais vigentes no Brasil, sua construção doutrinária tardou.

Na vigência das Ordenações, apenas intuía os mestres que a omissão poderia ter alguma relevância penal, compreendido como era que a denominação *fato* alcançava não só a comissão como a omissão. Todavia, muito pouca importância dispensou-se ao tema, sendo inteiramente desconhecidos no Brasil Colônia os crimes omissivos impróprios.

Diversamente não ocorreu à vigência do Código Imperial de 1830. A despeito de o diploma referir-se à omissão ao definir o crime (art. 2º, § 1º, *verbis*: “Art. 2º Julgar-se-ha crime ou delicto: § 1º Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais”), poucas foram as atenções doutrinárias lançadas sobre o assunto.

Até que, em 1879, Tobias Barreto deteve-se sobre a questão. Distinguiu os crimes comissivos dos omissivos segundo a natureza preceptiva ou proibitiva do mandamento desobedecido e, não sem criticar o laconismo do Código, identificou duas as espécies de delitos omissivos, os próprios e impróprios, assentando a responsabilidade pelos últimos simplesmente na causalidade da ação faltante.

* Promotora de Justiça em Goiás e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

A concepção naturalística da omissão ainda dominou a doutrina pátria na vigência do Código Penal Republicano (1890), que, em seu art. 2º, versou-a nos seguintes termos: “A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção”. A esta altura, todavia, encontrava-se já enriquecida a teoria com as noções de *possibilidade concreta* e *dever jurídico de agir*.² Apontavam-se fontes da obrigação de atuar o preceito normativo positivo, a convenção e o ato anterior, culposos ou dolosos, imputáveis ao omitente, capazes de fazer eclodir o resultado.

Por ocasião da discussão e elaboração do Código Penal de 1940, muito mais ocupou-se a *opinio doctorum* com o tema. Disso é testemunho a famosa elaboração de Alcântara Machado, que propunha a inclusão, no projeto, de dispositivo específico, *litteris*:

Art. 9º O agente só responderá pelo evento que for efeito de sua ação ou omissão.

§ 1º Faltar à obrigação de impedir o evento equivale a causá-lo. (....)

A proposta restou repelida. O Código Penal de 1940, silenciou, pois, sobre o assunto, consignando apenas a causalidade da omissão (art. 11) e relegando a enumeração das fontes do dever de agir às construções doutrinária e jurisprudencial.

A evolução do Direito Penal, porém, acabou por descortinar o que até então não houvera sido observado com a necessária detença: a ausência de norma específica versando as hipóteses que determinavam o dever de atuar descutava o princípio da reserva legal, malferindo a tipicidade dos crimes comissivos por omissão.

A respeito, comentou Paulo José da Costa Jr.:

O Projeto Alcântara Machado, que antecedeu o Código Penal de 1940, continha dispositivo que a Comissão Revisora deliberou suprimir: (....) Não poderia o legislador brasileiro de forma alguma suprimir o dispositivo em questão. Sem ele, não será possível promover a condicionalidade hipotética omissiva à categoria de causa. Necessário, portanto, o decreto de promoção normativa. Ausente a ficção legal, a omissão perde sentido. Dilui-se, desnor-teia-se.³

Essa passou a ser a maior crítica ao tratamento dispensado pelo Código de 1940 à relevância penal da omissão.

Somou-se a isso intensa movimentação intelectual tendendo à superação da concepção puramente naturalística da omissão, que passou a ser encarada também sob enfoque normativo (*juízo hipotético de causalidade*).

Diante desses novos conceitos, o próprio Hungria – um dos principais ar-tífices do Código Penal de 1940 – refluíu, e o Código Penal de 1969, para cuja

elaboração prestou sua valiosa contribuição, explicitou os casos do dever de agir em seu art. 13, § 2º.

A adoção dessa linha foi justificada pelo mestre:

Importante é o que agora aparece como referência aos crimes comissivos por omissão. Não se encontram especificados na lei vigente, nem nos códigos de sua época, os pressupostos da conduta típica, dessa categoria de delitos, defeito que as legislações penais modernas vêm corrigindo. Como se demonstrou, amplamente, a ilicitude aqui surge, não porque o agente tenha causado o resultado, mas porque o não impediu, violando o seu dever de garantidor. É indispensável fixar na lei as fontes de tal dever de atuar.⁴

A mesma trilha seguiram os condutores da Reforma de 1984, sendo a omissão atualmente tratada no art. 13 do Código Penal, *verbis*:

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

(....)

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O Código Penal hoje adota, vê-se, formulação híbrida a respeito da natureza jurídica da omissão, combinando os critérios mecanicista (*caput*) e normativo (§ 2º).

As razões conducentes à adoção dessa fórmula mista encontram-se explicitadas na Exposição de Motivos da Lei 7.209/84:⁵

Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e conseqüentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

No art. 13, § 2º, cuida o projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identi-

ficção dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas.

Essa, em linhas gerais, a evolução da teoria e legislação pátrias acerca do crime omissivo.

3. Conduta comissiva e conduta omissiva

O Direito Penal visa apenas à tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade (*caráter subsidiário e mínimo da intervenção penal*), protegendo-os das lesões mais graves a que possam ser expostos. Isso se faz especialmente pela vedação da prática de condutas lesivas, isto é, proibindo-se que o perigo a tais bens seja produzido por comportamento próprio do homem. Contudo, o caráter tutelar do Direito Penal não se contenta com a simples proibição de condutas lesivas. Diante de situações específicas, a exposição do bem jurídico a perigo pode dar-se em condições tais que, para arrostá-lo, far-se-á necessária a intervenção positiva do homem. Nessas hipóteses, a norma penal exige comportamento de ação tendente ao impedimento de resultado lesivo (*Direito Penal Solidário*), construindo-se então, com completude, o quadro de proteção traçado pelo Direito.

Dessa forma, a conduta criminosa, elemento do fato típico, pode realizar-se por comportamento ativo ou omissivo, conforme a natureza proibitiva ou mandamental da norma penal em foco. Na primeira hipótese, o autor infringe vedação legal, pondo em movimento atividade proibida tendente à lesão de um bem jurídico penalmente tutelado. Na segunda, infringe preceito positivo, ordenatório de determinada conduta necessária à proteção do bem jurídico, abstendo-se dela.

A hipótese de incidência penal cumpre-se, pois, por ação (*um fazer*) ou por omissão (*um não fazer o que é devido*) orientada segundo a finalidade de violação da norma. Assim, v.g., realiza ativamente o tipo do art. 121 do Código Penal o autor que movimenta as condições necessárias a matar alguém, desferindo-lhe tiros de revólver em regiões vitais do corpo; e, por abstenção, pratica o crime de omissão de socorro (art. 135 do CP) quem, diante de situação típica de perigo vivenciada por enfermo, deixa de prestar-lhe assistência ou pedir o auxílio de autoridade pública.

A despeito de aparentemente simples, a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos comporta inúmeras dificuldades.

De feito, nem sempre é fácil identificar determinado delito como omissivo ou comissivo.

Em interessante trabalho sobre o tema, Juarez Tavares expõe os percalços da questão por meio de um exemplo curioso. Um médico cuida de paciente que sofre parada cardíaca, aplicando-lhe técnicas de reanimação. Depois de algum

tempo, desiste de prosseguir nas tentativas de salvá-lo e o paciente falece. Seu comportamento, não há dúvida, é omissivo. Suponha-se, todavia, que, em vez de simplesmente deixar de aplicar massagens no paciente, o médico providenciasse que tais massagens fossem realizadas por meio de um aparelho mecânico. Não atestando melhoras no quadro clínico da vítima, acaba por reputar inócua também essa tentativa de reanimação e desliga o aparelho que a mantinha viva, fazendo sobrevir-lhe a morte. Nesse caso, é de se indagar: trata-se de conduta omissiva ou comissiva?⁶

Diversas foram as construções elaboradas para aclarar a questão, fincadas ora em critérios mecanicistas (*teoria da energia*: o comportamento comissivo necessariamente provoca desprendimento de energia, inócua na conduta omissiva), ora na causalidade (a comissão caracteriza-se sempre que o agente movimenta um processo causal material, que produza o resultado lesivo), ora no plano normativo (*critério do ponto de gravidade da conduta penalmente relevante*, consoante o qual a comissão e a omissão somente podem ser apreendidas pelo sentido imprimido à norma violada pela ordem social). Nenhuma delas, contudo, colheu os aplausos da doutrina, pois mostraram-se insuficientes para solucionar um sem-número de hipóteses em que se instalaram dúvidas sobre a qualificação da conduta penalmente relevante.

Hodiernamente, compreende-se que a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos há de ser traçada não pela análise da *modalidade da conduta empreendida*, mas pelo exame da *estrutura proibitiva ou mandamental da norma penal*. A omissão caracteriza-se porque a norma que a enfoca *assinala determinado dever de agir ao omitente* (a omissão não é um simples não fazer, mas um *não fazer o que se ordena*), enquanto a comissão existe como tal independentemente de qualquer dever de agir normativamente posto.

Especial atenção merece o tópico quanto aos crimes omissivos impróprios praticados pelo ingerente, caracterizados precisamente pela conduta precedente positiva que gera o risco da superveniência do resultado. Vários são os critérios de que se serve a doutrina para distinguir tais delitos em comissivos ou omissivos, destacando-se dois. Pelo primeiro, exposto por Ordeig, perquire-se sobre a conduta anterior constituir-se, desde logo, fato típico:

....si un mismo sujeto ha causado um resultado y, posteriormente, ha omitido impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudencia, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

(....)

Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o

pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos – como unidad natural de comportamiento – cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa).⁷

Pelo segundo, a investigação sobre a conduta antecedente há de fixar-se em ter ela ocasionado *dano imediato* ou *perigo ao bem jurídico*. Na primeira hipótese, estar-se-á diante de crime comissivo, e na segunda, de crime omissivo⁸.

4. Classificação dos crimes omissivos: crimes omissivos puros ou próprios ou de omissão simples e crimes omissivos impróprios ou de omissão qualificada ⁹

Duas são as espécies de crimes omissivos: os chamados crimes omissivos próprios, ou puros, ou de omissão simples, e os impróprios ou de omissão qualificada.¹⁰

Crimes omissivos próprios são aqueles que se perfazem com a simples inação do sujeito, o qual, embora tenha assinalado o dever jurídico de atuar no caso concreto (*dever geral de assistência*), deixa de empreender a atividade de salvamento exigida pela norma penal. A previsão típica de tais delitos não contempla o resultado, senão a simples abstenção da conduta que, diante da situação de perigo, é ordenada. Assim, por exemplo, o crime de omissão de socorro, cujo *iter criminis* se exaure com a mera abstenção da ação de salvamento, funcionando a superveniência do resultado indesejado apenas como qualificadora do delito (CP, art. 135, parágrafo único).

A conceituação de crimes omissivos impróprios, de sua vez, não prescinde da caracterização do resultado típico. Nessa espécie de delito, imputa-se a superveniência do resultado lesivo à abstenção da conduta de salvamento exigida ao omitente, a quem, em razão de especial vinculação com o bem juridicamente tutelado, encarrega o Direito de *prover a que o resultado não sobrevenha*, numa obrigação de *permanente vigilância* ao bem jurídico em questão, de cuja incolunidade é verdadeiro *assegurador*.

Assim, ao contrário de como ocorre nos crimes omissivos puros, suscetíveis de serem praticados por qualquer pessoa que se veja diante de situação típica de perigo, o *círculo de autores* no crime omissivo impróprio é delimitado, especializando-se naqueles que detêm a chamada posição de *garantes* da não-ocorrência do resultado. O *status* de garantidor decorre da norma, do contrato ou assunção

fática de proteção do bem jurídico ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, do CP). Exemplifica-se, em lição já clássica, o crime omissivo impróprio pela conduta da mãe (*incumbida, por norma constitucional – art. 229 da CF/88 – de prestar assistência ao filho menor*) que, deixando de amamentar o filho, permite seu perecimento por inanição. Nessa hipótese, há verdadeira *identidade* entre os conteúdos de injusto da omissão e da causação do resultado por ação, de tal modo que à mãe será imputada a morte do filho a título de homicídio, doloso ou culposo, conforme o direcionamento subjetivo da conduta.

5. A previsão típica da omissão

Antes de mais nada, cumpre assinalar que, ao passo que os crimes omissivos próprios são tipificados em estruturas individualizadas na Parte Especial do Código Penal, o mesmo não ocorre com os crimes omissivos impróprios, cuja correspondência legal encontra-se em tipos ativos, complementada a subsunção típica da conduta pela aferição da posição de garante. Trata-se, pois, de *tipos penais abertos*, não expressos, que, na feliz construção de Zaffaroni e Pierangelli, como um “falsete” encontram-se detrás dos tipos ativos correspondentes.¹¹

Como já referido, o *fattispecie* dos crimes omissivos tem sempre caráter mandamental, ordenando a prática de uma determinada conduta a quem se encontre diante de uma situação típica de perigo ao bem jurídico.¹² Na omissão há, pois, uma *abstenção* que infringe a prescrição legal de conduta.

Corolário do caráter preceptivo do tipo omissivo, integra-o também a *possibilidade física e pessoal de praticar a conduta ordenada*, porquanto a ninguém se pode exigir o impossível. Não se omite em salvar pessoa que se está afogando aquele que não sabe nadar. A conduta exigida há de ser possível a seu destinatário, não só em condições genéricas (*proibição da exigência de conduta desde logo impossível a todos*) como em circunstâncias pessoais do omitente, cumprindo, pois, aferir, diante do caso concreto, sua capacidade de atuar com sucesso para arrostar o perigo que ameaça o bem jurídico.

O tipo dos crimes omissivos contém a descrição de uma *situação de perigo* que fundamenta o dever de atuar. Ausente a circunstância que aponta a periclitância do bem juridicamente tutelado, a abstenção será penalmente irrelevante. Passa-se aqui, em verdade, o mesmo que nos crimes comissivos: a perfeita subsunção do fato à norma exige o preenchimento de todos seus elementos típicos.

A previsão típica dos crimes omissivos integra-se ainda pelo elemento subjetivo: dolo ou culpa.

Similarmente à comissão, caracteriza-se o dolo omissivo pela *consciência* e pela *vontade* de cumprir todos os elementos da hipótese de incidência penal. As-

sim, o omitente há de ter *consciência* da situação típica de perigo, de seu poder de agir para conjurá-lo e, nas omissões impróprias, de sua posição de garantidor da não-superveniência do resultado lesivo. Sua *vontade*, por sua vez, refere-se à decisão de se abster da conduta de salvamento exigida, seja por desejar o resultado (*dolo direto*), seja por admitir o risco de sua ocorrência (*dolo eventual*).

Também a culpa omissiva caracteriza-se pelo mesmo mecanismo que nos crimes comissivos, dependendo de previsão expressa no tipo específico da omissão própria ou no tipo ativo correspondente à omissão imprópria. Assenta-se na *violação do dever de cuidado*, por imprudência, imperícia ou negligência, e na *previsibilidade objetiva*, consistente na possibilidade de o omitente antever que de sua inação pode advir perigo ao bem jurídico ou agravamento do risco preexistente. Assim, pratica homicídio culposo por omissão o salva-vidas que, erroneamente julgando impossível empreender a conduta de salvamento exigida, dela se abstém, permitindo o afogamento da vítima.

A culpa omissiva comporta as duas conhecidas modalidades de negligência, a *culpa consciente* (o sujeito antevê a possível situação de risco a originar-se ou agravar-se com sua inação, porém crê que isso não venha a ocorrer) e a *culpa inconsciente* (o omitente não chega a ter a representação do perigo), esta última peculiar aos chamados *delitos de esquecimento*.

Além desses caracteres, pertinentes às duas espécies de delitos omissivos, especializa-se a previsão legal dos crimes omissivos impróprios por dois aspectos: a obrigação de impedir o resultado decorrente da posição de garante e a identidade material¹³ de injusto entre a abstenção do comportamento exigido para impedir o evento lesivo e o ato violador do preceito proibitivo correspondente.

O tipo dos crimes omissivos próprios, como já acentuado, não faz referência ao resultado, senão para exacerbação da pena a ser aplicada. É dizer: os crimes omissivos puros consumam-se com a simples abstenção da conduta devida, independentemente da superveniência do resultado temido. Já os delitos omissivos impróprios são crimes materiais, não se prescindindo, para sua consumação, da superveniência do resultado.

6. A causalidade normativa na omissão

O tema da causalidade na omissão é dos mais espinhosos em Direito Penal, não tendo logrado, ainda, solução científica satisfatória.

As atribuições remontam à própria construção doutrinária do conceito de ação, que, fincada em dogmas naturais, usou relacioná-la diretamente à *causação de um resultado*.

Embora essa concepção não encontre obstáculos sérios para amoldar-se à estrutura da conduta comissiva, o mesmo não ocorre relativamente à omissão, caracterizada pela inaptidão a provocar qualquer resultado no plano puramente natural. Com efeito, o que causa o resultado penalmente relevante não é a inatividade do omitente (*ex nihilo nihil fit*), mas as forças que atuam paralelamente à abstenção da conduta juridicamente exigida.

Para melhor compreensão da questão, é necessário percorrer as várias teorias construídas para explicar como se dá o nexo causal na omissão.

Os primeiros esforços empreendidos pelos doutos para compreender a imputação do resultado lesivo ao omitente residiram no plano naturalístico. Destacaram-se, então, as teorias da ação contemporânea, da negação da ação esperada, da ação antecedente e da interferência.

Segundo a teoria da ação contemporânea, elaborada por Luden, a causalidade da omissão reside em que, no momento em que se abstém da conduta devida, realiza o omitente ação diversa, a qual seria causa do resultado. A teoria não resistiu à famosa objeção de Krug: a mãe que tricota meias em vez de alimentar o filho mata-o por tricotar meias.

Diante da crítica formulada à teoria da ação contemporânea, a doutrina passou a considerar a causalidade da omissão não na ação realizada em lugar da devida, mas na negação da ação esperada, à consideração de que o comportamento diverso do exigido, contemporaneamente à situação de perigo, impossibilita fisicamente a ação de salvamento por parte do omitente. Todavia, a elaboração não resiste às mesmas objeções anteriormente expostas: a conduta praticada ao momento em que se desenvolve o curso causal conducente ao resultado lesivo simplesmente não interfere nos eventos que o provocam naturalisticamente. De mais a mais, nem sempre o omitente pratica alguma conduta enquanto se abstém do ato de salvamento, podendo simplesmente manter-se inerte.

A teoria da ação antecedente, por sua vez, situa a figura do omitente como causador indireto do resultado, na medida em que, com seu atuar positivo precedente, movimentou condições favoráveis à eclosão do evento ou assumiu a obrigação de evitá-lo. Essa construção teórica não se amolda, contudo, aos casos em que o omitente não haja praticado qualquer ação anterior. Demais disso, falha em situar a causalidade em momento cronologicamente distinto do dolo e da culpa.

Finalmente, consoante a teoria da interferência, no momento em que se abstém da conduta devida o omitente produz movimento orgânico interferente sobre o impulso de agir, transformando-se, por essa forma, em causador do resultado. A construção padece da mesma artificialidade das anteriores, mormente se transposta às omissões culposas inconscientes, nas quais o omitente não tem representação

alguma sobre o perigo que ameaça o bem jurídico.

Nenhuma dessas teorias logrou sustentar-se, precisamente porque todas buscaram situar a relevância da omissão na causalidade natural, sendo certo que *causa* do evento temido são as forças que contemporaneamente atuam sobre o bem jurídico, cuja ação não é impedida pelo omitente. Em verdade, todas as construções teóricas referidas serviram a demonstrar que a omissão não se situa no plano do ser; ao revés, dado axiológico que é, reside no mundo do dever ser.

Reconhecendo essa verdade, passou a doutrina a situar a questão sob o enfoque normativo. Assim surgiram as teorias da causalidade dos escopos do Direito e da causalidade do ordenamento social, ambas assentadas em que a omissão é causa do evento sempre que assiste ao omitente o dever de agir para evitar o resultado lesivo, seja em atendimento às finalidades das normas jurídicas, seja para assegurar o funcionamento da engrenagem social.

Finalmente, desenvolveu Von Liszt a construção atualmente mais aceita a respeito do assunto. A omissão não é modalidade de conduta capaz de ser apreendida sob o prisma da causalidade. Releva, isto sim, investigar as circunstâncias debaixo das quais não atuar para impedir um resultado identifica-se, sob o enfoque do injusto, com causá-lo.

Em verdade, a pedra-de-toque do problema é a vinculação da omissão a um dever de agir: não se poderia conferir qualquer relevância à inércia, do ponto de vista jurídico-penal, não detivesse o omitente a obrigação jurídica de atuar para impedir o resultado. Neste ponto é que se desloca a questão ao mundo axiológico, distanciando-se de concepções puramente naturalísticas. A omissão, consoante assinala, com bastante propriedade, Juarez Tavares, “é modalidade de conduta valorada”.¹⁴ Por tudo isso, hoje não mais se fala simplesmente em *causalidade omissiva*, mas em *causalidade normativa na omissão*.

7. A imputação objetiva na omissão

O tema da imputação objetiva, embora estreitamente conexo com a causalidade, com ela não se confunde.

De feito, cuida-se de duas etapas distintas à investigação da responsabilidade penal. Aferida, nos crimes materiais, a causalidade física, investiga-se a imputação normativa do resultado ao autor, sob o enfoque de uma *justa punição*.¹⁵

O tipo dos crimes omissivos puros não alude à produção de qualquer resultado naturalístico, residindo a fundamentação da punição ao omitente na simples inobservância do dever de assistência que lhe incumbia. Já nos crimes omissivos próprios qualificados pelo resultado e nos omissivos impróprios há previsão típica

de resultado naturalístico.

Nos crimes de omissão, a relação de causalidade não se passa do modo como nos omissivos. Faz-se necessário, pois, pesquisar como e em que medida o resultado lesivo é imputado ao omitente, nas hipóteses em que se prevê sua ocorrência.

O *caput* do art. 13 do Código Penal brasileiro verbera:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Adotou o *codex*, como se vê, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da condição simples, ou ainda da *conditio sine qua non*. Essa construção teórica parte de que tudo quanto antecedeu ao fato e colaborou para sua superveniência é igualmente *causa* do resultado, equiparando, dessa forma, causas, concausas, condições e ocasiões. A cadeia causal estanca no ponto em que não se pode mais imputar subjetivamente o resultado ao autor da conduta.

O mecanismo da pesquisa das causas do evento lesivo, em sede da teoria da *conditio sine qua non*, engendra-se pelo chamado *processo hipotético de eliminação*, segundo o qual, eliminando-se mentalmente da cadeia de eventos antecedentes determinada conduta, será ela considerada causa quando se evidenciar que então o resultado não teria ocorrido da forma como ocorreu. Desse modo, imputa-se o resultado morte ao agente que, cortando a já retesada corda que sustentava a vítima, provoca sua queda no precipício, ainda que tal evento viesse fatalmente a ocorrer minutos após sem sua intervenção.

À investigação da conduta omissiva, consoante a teoria da equivalência dos antecedentes, importa estabelecer não o nexo causal, mas, na expressão de Zaffaroni e Pierangeli, o *nexo de evitação do resultado*.¹⁶ Aplicando-se o processo mental de eliminação, perquire-se se o evento temido ainda sobreviria se o omitente tivesse movimentado a conduta exigida.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a fundamentação da imputação objetiva nos crimes omissivos repousa na consideração de que a realização da atividade exigida, possível para o omitente, *provavelmente* teria evitado o resultado. Em verdade, jamais será possível saber, com absoluta certeza, qual teria sido o desfecho dos acontecimentos se a atividade de salvamento tivesse sido empreendida na hipótese concreta. A relação entre a conduta omissiva e o evento lesivo é, pois, meramente presumida.

Bem se vê que o processo hipotético de eliminação, antes de apontar determinada conduta como causa do resultado lesivo, em verdade presume-a como tal. É dizer: o mecanismo falha em suas premissas, porque apenas é apto a apontar a causa de um fenômeno quando se considera simplesmente *a hipótese do resultado*

que realmente se verificou.

Citando Engisch, rememora Ordeig curioso exemplo que bem expõe o que se acaba de afirmar.¹⁷ O assassino X será executado às 6 horas pelo carrasco A. B, pai do assassinado, desejoso de tomar a justiça em suas próprias mãos, rende o carrasco poucos segundos antes do horário marcado para a execução e dispara, ele próprio, o mecanismo da guilhotina, decapitando X precisamente às 6 horas. É fácil ver que, eliminada *in mente* a conduta de B, o resultado ainda teria ocorrido exatamente como ocorreu. A aplicação pura e simples do processo forçosamente levaria, pois, a negar a causalidade do comportamento de B referente à morte de X.

Em outras hipóteses, percebe-se, ao contrário, que a responsabilização que repousa unicamente na teoria da condição simples tende a ampliar enormemente o leque de responsáveis para abarcar inclusive as condutas que, insignificamente embora, hajam de alguma forma influenciado na produção do resultado, podendo conduzir, por vezes, a graves injustiças.

Diante dessas constatações, a doutrina passou a enriquecer-se com princípios que orientam a imputação decorrente da aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes. Assim edificaram-se as teorias da causalidade adequada, da relevância jurídica, do risco permitido e do incremento do risco.

Consoante a teoria da causalidade adequada, não basta à qualificação como causa do resultado a imprescindibilidade da conduta, aferida conforme o processo hipotético de eliminação, exigindo-se ainda seja ela *idônea*, conforme a experiência do que ordinariamente acontece, a produzir o resultado. A adequação ou idoneidade da conduta afere-se, portanto, pelo juízo de probabilidade de que venha a produzir o evento temido. Assim, excluem-se do conceito de causa os antecedentes extraordinários que, embora hajam efetivamente causado ou contribuído para a superveniência do efeito lesivo, normalmente não seriam aptos a deflagrar sua eclosão. Nessa perspectiva, consoante exemplifica Beling,¹⁸ não é imputável a quem acende uma lareira o incêndio que se segue, levadas as fagulhas pelo vento.

A teoria da relevância jurídica circunscreve a imputação às hipóteses em que a conexão causal estabeleça ligação especialmente poderosa entre a conduta e o resultado, sob o prisma protetivo do tipo. Aplicada à omissão, significa que a conduta omissiva não será penalmente relevante quando não houver chance de evitar o resultado lesivo.

A teoria do risco permitido supõe que diuturnamente os bens jurídicos encontram-se expostos a perigos socialmente aceitos, seja em homenagem aos costumes, seja em vista da utilidade social da atividade perigosa. A imputação pela su-

perveniência do resultado lesivo apenas será possível se, com seu comportamento, o agente tiver contribuído para ultrapassar os limites do risco tolerado. Assim, não comete homicídio o sobrinho que, desejando a morte do tio, financia a viagem em que, num desastre, vem ele a falecer, porque sua conduta não criou para o bem jurídico perigo maior que o socialmente admitido.¹⁹

A aplaudida teoria do incremento do risco foi elaborada por Roxin. A imputação objetiva somente se faz possível quando a conduta haja contribuído para o aumento do perigo já existente para o bem jurídico, ou desencadeado nova sucessão causal que a ele não se dirigia.

Sobre sua aplicação aos crimes omissivos, interessante exemplo expõe Juares Tavares.²⁰ Acossado num apartamento em chamas, juntamente com seus dois filhos, um pai vê-se diante de duas opções possíveis de salvamento: aguardar socorro ou jogá-los para fora, na esperança de que sejam amparados pelos vizinhos. Temendo a morte dos filhos pela queda, decide-se a não fazê-lo, e precipita-se, ele próprio, pela janela. Parece claro que, na hipótese, sua conduta não provocou o incremento do risco que os filhos já corriam, sendo indiferente que elege-se uma dentre as vias possíveis, excluindo-se, por essa forma, sua responsabilização pelo evento.

O dever de agir impõe ao omitente que se conduza de molde a salvar do perigo o bem jurídico, ou, quando menos, na impossibilidade de salvamento, de atuar para impedir o incremento desse perigo. Em suma, consoante os princípios acima expostos, a imputação objetiva na omissão apenas far-se-á se, estabelecido o nexo de provável evitação do resultado, diante da real possibilidade de salvamento ou diminuição do perigo que se dirigia ao bem jurídico, o omitente se haja absterido da ação exigida, e desde que, com sua inércia, tenha provocado ou aumentado, injuridicamente, a situação de perigo.

8. Particularidades da omissão imprópria

8.1. O círculo especial de omitentes

Caracteriza-se a omissão imprópria pelo dever de impedir o resultado decorrente da posição de *garante* e a identidade material de injusto entre a abstenção e o ato que infringe o preceito proibitivo correspondente. Releva-se, pois, analisar com detença as hipóteses em que ao omitente recai o *especial dever de agir*.

A doutrina alienígena de há muito preocupa-se com o assunto, especialmente diante da inexistência, em grande parte das legislações, de rol que delimite as hipóteses em que se exige o especial dever de agir ao garantidor.

Dentre as diversas elaborações doutrinárias que buscam aclarar o tema,

destaca-se a construção material de Kaufmann,²¹ segundo a qual dois seriam os grupos de garantes: um, formado pelos chamados *garantes de cuidado ou proteção*, composto por aqueles a quem recai uma função protetora do bem jurídico; e outro, dos *garantes de segurança*, aos quais incumbe vigiar determinadas fontes de perigo.

Embora a legislação pátria contemple as hipóteses do dever de garantidor, por vezes é necessário recorrer à construção material acima exposta, para espancar quaisquer dúvidas, em casos concretos, sobre o *status* de garante e os deveres que daí decorrem.

O Código Penal brasileiro arrola, em seu art. 13, § 2º, as hipóteses que demarcam o círculo especial de autores da omissão imprópria, *in verbis*:

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Passar-se-á, pois, à análise de cada uma dessas hipóteses.

a) obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância

A primeira hipótese versa o dever especial de proteção a quem mantenha íntima relação para com o titular do bem jurídico tutelado e fundamenta-se no vínculo especial entre o garante e o garantido, em decorrência de laços sociais e familiares.

Preceitua-se, outrossim, que a fonte dessa obrigação de cuidado, proteção ou vigilância é unicamente *a lei* – em sentido estrito, diga-se, por força do princípio da legalidade dos delitos e das penas. No Direito Positivo pátrio, *v.g.*, comete a Constituição Federal, por seus arts. 229 e 230, a obrigação de garantia aos pais, em relação aos filhos menores, e aos filhos maiores, referentemente aos pais, na velhice, na carência ou na enfermidade. De sua vez, preceitua o Código Civil, em seu art. 1.566, o recíproco dever de assistência entre os cônjuges. Cobra relevo ressaltar ainda o dever especial de proteção que recai ao Estado, relativamente ao preso, por força do art. 10 da Lei de Execução Penal.²²

Sobre a hipótese em exame, debatem os doutrinadores a extensão da obrigação penal de proteção, ao garante, de prover a não-ocorrência de resultados lesivos por atos do garantido. Socorrendo-se da teoria das funções de Kaufmann, Sheila Bierrenbach²³ defende essa possibilidade, sempre que as condições pessoais do garantido possibilitem considerá-lo uma *fonte de perigo*.²⁴

A razão parece estar, todavia, com Casabona, para quem a ampliação da obrigação do garantidor nessa hipótese

.... desvirtúa la posición de garante y la reconduce hacia bienes de terceros con los que no existe vínculo previo, ni puede decirse que la pasividad del padre sea en si misma fuente de peligro para aquéllos, trasladando así al ámbito penal una institución puramente civil (la culpa in vigilando).²⁵

b) assunção fática ou contratual do dever de proteger o bem jurídico

Cuida-se aqui da denominada *assunção voluntária de custódia*. A hipótese diz especialmente com relações profissionais nas quais uma pessoa obriga-se à proteção de outras. Assim ocorre com o enfermeiro, relativamente ao doente, ou com o salva-vidas, relativamente aos banhistas.

Não é necessário, para sedimentar a posição de garante, que o contrato firmado entre as partes seja válido. Ao contrário, o contrato nulo é igualmente fonte do dever de garantia.

Não só o contrato faz decorrer o dever especial de custódia, senão também qualquer espécie de manifestação que sinalize a assunção voluntária, pelo garantidor, da proteção do bem jurídico. Assim, v.g., as declarações unilaterais de vontade, como no caso de quem se dispõe a ajudar uma criança a atravessar a rua.

Modernamente a hipótese vem sendo restringida pela doutrina, que limita a imputação da omissão ao garantidor consoante dois critérios.

Primeiro, exclui-se a responsabilização pela omissão se o sujeito não tiver efetivamente tomado a custódia do garantido. É a hipótese da enfermeira que ainda não assumiu seu posto no hospital: durante sua ausência, nenhum mal que haja sobrevindo a um paciente lhe poderá ser imputado por omissão. Mas, uma vez tenha ela assumido seu posto, torna-se garante da higidez dos pacientes que lhe foram confiados, apenas eximindo-se dos deveres daí decorrentes ao ser substituída na função.

À imputação pela omissão exige-se, mais, que, tomando a custódia do bem jurídico, o garantidor se conduza de modo tal que o garantido se haja com real relação de dependência para com ele. Ausente esse nexo de dependência, não se responsabilizará o garantidor pela superveniência do resultado temido.

Resta dizer que também na hipótese em exame propugnam alguns doutrinadores pela extensão do dever de garantia à obrigação de velar por que o custodiado, fonte de perigo, não lese bens jurídicos de terceiros. Cabem aqui as mesmas considerações já expendidas na alínea anterior.

c) conduta precedente perigosa

A última fonte do dever de garantia, doutrinariamente conhecida por *ingerência*, é um dos mais áspersos temas na teoria do crime omissivo.

De feito, já há muitos anos a doutrina alemã tenta depurar-lhe o sentido, estabelecendo as hipóteses e em que medida alguém se torna garantidor em razão de conduta antecedente arriscada, porém mesmo hoje a matéria padece controvérsias que sinalizam encontrar-se a ciência ainda longe de alcançar-lhe a precisa compreensão.

O dever de agir, no caso em exame, decorre para quem, com sua conduta anterior, deflagrou situação de risco ao bem jurídico. O resultado lesivo acaso sobrevivendo é imputado ao ingerente que se omitiu em impedi-lo, na mesma medida em que se o tivesse causado por ato comissivo.

Discute-se, desde logo, a respeito da conduta precedente perigosa detonadora do dever de agir ao ingerente.

A doutrina, orientando-se segundo o Direito Penal mínimo, vem ressaltando a necessidade de restringir as hipóteses e os deveres decorrentes da posição de garante em comento.

Assim é que, hoje, exige-se da conduta precedente capaz de erigir-se em fonte do dever de garantia seja *objetivamente antijurídica* e provoque perigo *próximo* e *idôneo* à produção do resultado lesivo.

Não se há de descurar que, como já acentuado, subjazem a essa compreensão as modernas teorias da causalidade adequada e do risco permitido (v. item 7 deste trabalho). Dessa forma, a conduta precedente que não cria, para o bem jurídico, perigo que extrapola os limites do socialmente permitido, ou que não é apta, segundo a experiência do que ordinariamente acontece, a fazer eclodir a situação perigosa, não se subsume à concepção legal de ingerência.

Analizando o Direito Positivo brasileiro, especialmente os tipos de homicídio e lesão corporal culposos, observa Sheila Bierrenbach,²⁶ com argúcia, que aquele que, por ato negligente, cria situação de perigo para a vida, a saúde ou a integridade física de outrem *não* se transforma em garante da não-superveniência do resultado lesivo em nosso ordenamento jurídico. É que o *fattispecie* remete à omissão da ação de salvamento como *causa especial de aumento de pena*; por isso, em vez de responder pelo resultado a título de omissão imprópria, subsume-se o comportamento faltoso diretamente ao tipo dos arts. 121, § 4º, e 129, § 7º, do Código Penal. Identicamente, nos delitos de circulação, cuja previsão típica encontra-se estruturada nos mesmos moldes em que os dispositivos citados (arts. 302 e 303 da Lei 9.503/97). Esse estado de coisas, pode-se dizer, com a autora acima mencionada, “sepulta, praticamente, esta fonte da posição de garante em nosso Direito”.

8.2. A estruturação normativa da omissão imprópria no Direito Positivo brasileiro e o princípio da legalidade

Repousa a previsão típica da omissão imprópria no Direito Penal brasileiro no art.13, *caput*, do Diploma Repressivo, prevendo seu § 2º o círculo especial de agentes de tais delitos. O *tatbestand* indicado como sede da imputação pelos crimes omissivos impróprios descreve realmente condutas ativas. O resultado ali previsto é imputado ao omitente em razão de haver infringido seu especial dever de agir para impedi-lo, decorrente da posição de *garantidor* da higidez do bem jurídico tutelado.

Não há, pois, descrição típica individualizada das condutas omissivas impróprias no Direito Penal brasileiro. Em verdade, essa tarefa é majoritariamente tomada por irrealizável pela doutrina²⁷.

Esse estado de coisas conduz ao permanente risco de malferimento ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, pedra angular do Estado democrático de Direito.

Nessa ordem de idéias, é imprescindível que, investigando a tipicidade de dada omissão, socorra-se o intérprete, a um tempo, da conjugação dos critérios formal (*elenco legal de garantes*) e material das fontes de garantia, conforme exposto por Kaufmann. De outro lado, há de considerar-se sempre a *identidade material do injusto* na omissão imprópria e na figura ativa correspondente.

Diante de nosso Direito Positivo, essa parece a melhor orientação exegética para tratar a omissão imprópria consentaneamente ao princípio da legalidade. Todavia, não é ainda a solução ideal, constituindo-se o tênue equilíbrio entre a necessidade de exigir a conduta de salvamento (*Direito Penal Solidário*) e o sancionamento da omissão por normas penais abertas um dos mais delicados problemas da ciência penal na atualidade.²⁸

9. A tentativa na omissão

Tema instigante é a tentativa na conduta típica omissiva, despertando acirradas controvérsias doutrinárias.

Por primeiro, cabe assentar que somente há cogitar-se da tentativa na omissão tanto que se haja instalado situação típica de perigo ao bem jurídico, porque, até aí, não se exige qualquer conduta de salvamento.

No campo da omissão própria grassam menos discussões entre os doutos. A repulsa à possibilidade de fracionamento do *iter criminis* é majoritária entre os autores pátrios, à consideração de que, se o sujeito abstém-se da conduta exigida, o crime é de logo consumado, e, se a realiza, concretiza o mandato legal, não praticando delito algum. Zaffaroni e Pierangeli, todavia, pensam diferentemente.

te, vislumbrando a tentativa em crime omissivo puro desde que, concretizada a situação típica de perigo, a postergação da atividade necessária não provoque o incremento do risco ao bem que se tutela.²⁹ A consumação do crime omissivo próprio é situada não no momento da abstenção da atividade exigida, mas quando o correr do tempo tenha provocado aumento do perigo ao bem jurídico e reduzido as chances de salvamento.

Mais polêmica é a tentativa nos crimes omissivos impróprios. Embora a doutrina nacional quase indiscrepantemente a admita, divergem os estudiosos quanto ao momento a partir do qual divisa-se o *conatus*.

As dificuldades na formulação da tentativa em estruturas típicas omissivas nascem de que toda a edificação teórica e positiva sobre o *conatus*, referentemente à distinção entre atos preparatórios impuníveis e atos de execução, repousa predominantemente no início da realização do núcleo do tipo. É a orientação da teoria formal-objetiva, de adoção tradicional em nosso País. A essa construção sinaliza o art. 14, inciso II, do Código Penal, consoante o qual o crime é tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

É cediço que a adoção pura e simples do critério formal-objetivo não se presta ao resgate *oportuno tempore* do bem jurídico, fazendo-se necessário conjugá-lo a outros parâmetros. Assim, o critério material-objetivo inclui na tentativa as ações que, embora não penetrem o núcleo do tipo, apresentam-se tão fortemente conexas a ele que surgem como parte naturalmente integrante da própria conduta típica, fazendo eclodir periclitância ao bem jurídico. Da mesma forma o critério objetivo-individual, segundo o qual são atos de tentativa aqueles que, consoante o plano concreto de ação do sujeito, aproximam-no da realização da figura típica.

Não é fácil transpor tais conceitos à estrutura típica omissiva, que não comporta a visualização material peculiar aos delitos comissivos. Diversos, pois, hão de ser os parâmetros a indicar o momento limítrofe entre os atos preparatórios e executórios na omissão.

A tentativa na omissão imprópria tem ensejo logo que surge o dever jurídico de agir, com a concretização da situação típica de perigo ao bem tutelado. Apon-tam-se três os momentos marcantes em que configura-se o *conatus*: a) aquele em que o sujeito deixa passar a primeira oportunidade de salvamento; b) o instante em que se abstém diante da última chance de fazê-lo; e c) quando a inércia do garante provoca incremento do perigo ao bem jurídico.

A doutrina alemã inclina-se ao terceiro dos critérios, considerando que, caso a passividade do garantidor não provoque o aumento do risco ao bem tutelado, não há falar-se em tentativa, mas em meros atos preparatórios de crime omissivo.

Na literatura pátria não se vislumbra a mesma uniformidade de entendimento, inclinando-se os autores a cada um dos três parâmetros acima apontados, conforme o caso concreto.

Nessa ordem de idéias, cumpre aludir à distinção doutrinária entre a tentativa acabada e inacabada na estrutura omissiva.

A tentativa omissiva é inacabada quando a atividade de salvamento preceituada ao garante seja ainda possível e idônea a arrostar o perigo. É acabada na hipótese contrária, seja porque já não é mais possível ao garantidor salvar o bem jurídico pela simples conduta exigida, fazendo-se necessário que empreenda esforços outros para impedir a superveniência do resultado lesivo, ou porque tenha o salvamento saído de sua esfera de domínio, abandonada a seqüência dos fatos ao sabor do acaso.

Na tentativa inacabada, aponta-se o momento inicial dos atos de execução à passagem da última oportunidade de salvamento. Já na tentativa acabada, situa-se o início da execução no instante em que o garante omite-se em valer-se da primeira chance de salvamento de que dispõe, deixando fluir livremente a causalidade em direção ao resultado lesivo.³⁰

Vê-se que tais proposições não são realmente aptas a solucionar o problema, até porque o mecanismo tem, como premissa, precisamente daquilo que pretende demonstrar. Em verdade, a questão há ainda de ser examinada com mais detença pela doutrina, até que se depurem critérios científicos seguros para nortear seu deslinde.

10. O concurso de agentes na omissão

A doutrina pátria usa estudar o concurso de agentes na conduta omissiva sob o enfoque do círculo especial de sujeitos, seja na omissão própria (aqueles a quem, diante de uma situação típica de perigo, a norma penal assinala um dever geral de assistência), seja na omissão imprópria (os garantes). Assim, é costume aludir à impossibilidade da configuração de concurso de agentes em crimes omissivos, porque cada sujeito responde individualmente por ter infringido seu dever de agir.³¹ Dessarte, na hipótese em que mãe e pai aguardam a morte do filho menor por inanição, cada qual é autor de crime de homicídio. De outra feita, caso a cena seja ainda observada, impassivelmente, por um estranho, ser-lhe-á imputado o cumprimento da hipótese penal de omissão de socorro qualificada pelo resultado morte.

A construção vem sendo enriquecida pela teoria de Roxin, que parte de categorizar os crimes omissivos como *delitos de infração de dever*.³² Praticados

por sujeitos especiais, releva questionar se houve na hipótese a infringência ao dever de agir. Admite-se, assim, a possibilidade de autoria e participação nos crimes omissivos, recaindo a primeira a quem tinha a obrigação legal de arrostar o perigo e a segunda a quem, não detendo o dever geral ou especial de assistência, tenha contribuído para o delito omissivo, seja por instigação ou determinação. Finalmente, a co-autoria é divisada sempre que vários omitentes somente possam cumprir conjuntamente o dever de agir.³³

11. Conclusões

1. Tendo em vista sua finalidade tutelar, o Direito Penal ora veda, ora preceitua atividades. A conduta penalmente relevante distingue-se em comissiva e omissiva segundo a estrutura proibitiva ou mandamental da norma.

2. Duas são as espécies de crimes omissivos: os próprios, previstos em tipos penais específicos, que se perfazem com a simples abstenção da conduta exigida, e os impróprios, que, divisados em estruturas típicas ativas, perfectibilizam-se pela superveniência do resultado lesivo.

3. A estrutura típica da omissão integra-se pela situação típica de risco que fundamenta o dever de agir, pela inação que infringe a norma de comando e pela possibilidade real e física de atuar para arrostar o perigo. Nos crimes omissivos impróprios, contempla ainda a obrigação de impedir o resultado como decorrência da posição de garante e a identidade material de injusto entre a abstenção do comportamento de salvamento exigido e o ato violador do tipo ativo correspondente.

4. O dolo omissivo compreende a consciência da situação típica de perigo, do poder de agir para conjurá-lo e, nas omissões impróprias, da posição de garantidor da não-superveniência do resultado lesivo. Ainda, abrange a resolução de abster-se da conduta de salvamento exigida, seja porque o resultado é almejado pelo omitente (*dolo direto*), seja porque o risco de sua ocorrência é por ele admitido (*dolo eventual*).

5. A culpa omissiva caracteriza-se como na estrutura comissiva, dependendo de previsão expressa no tipo específico da omissão própria ou no tipo ativo correspondente à omissão imprópria. Assenta-se na violação do dever de cuidado objetivo, que, na estrutura omissiva, obriga a realização de atividade tendente a prevenir o surgimento ou incremento de riscos ao bem jurídico, e na previsibilidade objetiva, consistente na possibilidade de o omitente antever que de sua inação pode advir perigo ou agravamento do risco preexistente.

6. A omissão é um dado axiológico, pertencente ao mundo do dever ser, e incapaz, por si, de provocar eventos no universo naturalístico. A causalidade omissiva é, pois, normativa, referenciada sempre a uma norma preceptiva.

7. Consoante os modernos critérios de imputação, a responsabilização por omissão apenas se faz possível quando, estabelecido o nexo de probabilidade de evitação do resultado, diante da efetiva possibilidade de salvamento ou diminuição do perigo que se dirigia ao bem jurídico, o omitente haja deixado de empreender a atividade ordenada, e desde que, com sua inércia, tenha provocado ou aumentado injuridicamente a situação de perigo.

8. A relevância penal dos crimes omissivos impróprios reside em tipos penais abertos, conjugando-se o tipo ativo a uma das hipóteses que gravam o dever especial de garantia, elencadas, em *numerus clausus*, no § 2º do art. 13 do Código Penal. Essa construção não é, por si só, apta a satisfazer as exigências do princípio da legalidade, fazendo-se necessário socorrer-se, ainda, do critério material das fontes de garantia e da consideração sobre a *identidade material do injusto* na omissão imprópria e na figura ativa correspondente.

9. O dever de garantia originado da assunção voluntária de custódia pode decorrer ou não de contrato. Este, por sua vez, é apto a fazer surgir a obrigação especial de atuar mesmo quando inválido. Contudo, os deveres decorrentes do *status* de garantidor não surgem enquanto não assumida, de fato, a custódia do bem jurídico, de tal forma que o garantido se veja em real dependência relativamente ao garante.

10. A conduta precedente, para capacitar-se como fonte da obrigação de garantia, há de ser objetivamente antijurídica e capaz de provocar perigo *próximo* e *idôneo* à produção do resultado lesivo.

11. Somente cabe cogitar da tentativa na omissão tanto que se haja instalado situação típica de perigo ao bem tutelado.

12. A autoria nos crimes omissivos é individualmente imputada, consoante haja o sujeito violado o dever genérico ou especial de assistência que lhe incumbia.

13. É possível a co-autoria em crimes omissivos, sempre que vários omitentes somente possam cumprir conjuntamente o dever de agir.

14. A participação em crimes omissivos é possível a quem, não detendo o dever geral ou especial de assistência, tenha contribuído para o delito omissivo por instigação ou determinação.

Notas:

¹ *Apud* Fernandes, Márcio Mothé. Crimes omissivos, RF 314/21.

² Sobre o tema, Costa e Silva escreveu: “Para que, por omissão, alguém pratique um delicto commissivo, duas condições são imprescindíveis: a) que esse alguém tenha possibilidade de agir, isto é, de evitar que o resultado previsto pela lei se realize; b) que lhe corra o dever – dever jurídico, de o fazer” (*apud* Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Crimes omissivos impróprios – uma análise à luz do Código Penal

brasileiro. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 49).

³ *Apud* Rodrigues, Eduardo Silveira Melo. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, p. 153.

⁴ Exposição de Motivos 1, *DOU* de 21/10/69, 9.

⁵ Publicada no *Diário do Congresso* (Seção II) de 29/03/84.

⁶ Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 136.

⁷ Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, p. 41 e 47.

⁸ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Ob. cit., p. 85.

⁹ A denominação *crimes comissivos por omissão* é criticada, com justiça, pela doutrina, porque põe em relevo a *comissão* na qualificação de crimes *omissivos*. Por essa razão, não será utilizada neste trabalho. A respeito, *vide* Tavares, Juarez. Alguns aspectos..., p. 145.

¹⁰ Doutrinariamente apontam-se ainda duas outras categorias de crimes omissivos. Uma, os chamados *de conduta mista*: são os que, iniciados por uma ação, consumam-se com uma omissão. Todavia, tais delitos não podem considerar-se categoria autônoma, porquanto não são mais que uma espécie de crimes omissivos próprios. Outra, dos *crimes de omissão e resultado*, de que é exemplo o art. 164 do Código Penal, o qual, ainda na forma omissiva, exige a caracterização do prejuízo. A classificação, vê-se desde logo, repousa em parâmetro diverso do utilizado para a categorização dos crimes omissivos como próprios ou impróprios, razão por que foi mencionada à parte.

¹¹ *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. São Paulo, RT, 1997, p. 543. Cobra relevo ressaltar a divergência dos autores quanto à imprevisão individualizada, na Parte Especial do Código Penal, de crimes omissivos impróprios, por eles divisada, por exemplo, nas descrições dos arts. 314, 319 e 342 do *codex*.

¹² Em razão disso, costuma-se aludir à inexistência de “omissões pré-típicas”: se a omissão não consiste em simples abstenção, mas na abstenção de conduta determinada pela norma, antes da construção normativa – e, portanto, da assinalação do comportamento exigido – não há falar-se em omissões, mas em simples ações. A respeito, *vide* Zaffaroni e Pierangelli. *Manual de Direito Penal brasileiro*, 1997, p. 539; e Costa, Álvaro Mayrink. O comportamento omissivo e o dever de atuar. *Ciência Penal – Coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*, Curitiba, JM, 1999.

¹³ *Identidade, não-equivalência*, face ao princípio da legalidade: Tavares, Juarez. Alguns aspectos..., p. 150; Casabona, Romeo. Límites de los delitos de comisión por omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, p. 35.

¹⁴ Alguns aspectos..., p. 133.

¹⁵ A expressão é de Jescheck. *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

¹⁶ *Manual de Direito Penal brasileiro*, 1997, p. 541.

¹⁷ Causalidad..., p. 34.

¹⁸ *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

¹⁹ O exemplo é de Roxin. *Apud* Galvão, Fernando. *Imputação objetiva nos delitos omissivos*.

²⁰ Alguns aspectos..., p. 141.

²¹ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Ob. cit., p. 74.

²² O elenco de hipóteses aqui apresentado é meramente exemplificativo.

²³ Ob. cit., p. 20.

²⁴ No mesmo sentido, v. Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa*. 4ª ed., São Paulo, RT, 1995, p. 119/120.

²⁵ Límites de los delitos..., p. 33.

²⁶ Ob. cit., p. 87.

²⁷ Bierrenbach, Sheila de Albuquerque. Ob. cit., p. 106.

²⁸ Zaffaroni e Pierangeli. *Manual de Direito Penal brasileiro*..., 1997, p. 542/544.

²⁹ *Da tentativa*, 1995, p. 122.

³⁰ Tavares, Juarez. *Alguns aspectos*..., p. 155.

³¹ Tavares, Juarez. *Alguns aspectos*..., p. 152.

³² Todas as referências à teoria de Roxin foram extraídas da monografia de Sheila Bierrenbach (ob. cit., p. 123/125).

³³ A concepção é de Jescheck. *Apud* Bierrenbach, Sheila. Ob. cit., p. 127.

Bibliografia:

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Rio de Janeiro. *Liber Juris*, 1979.

BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva – lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Límites de los delitos de comisión por omisión, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 7, p. 28/42.

COSTA Jr., Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 60/73.

COSTA Jr., Paulo José da. *Do nexo causal*. São Paulo, Saraiva, 1964.

FERNANDES, Márcio Mothé. Crimes omissivos. *Revista Forense*, v. 314, p. 21/27.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

_____. Crimes omissivos no Direito brasileiro, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 41/47.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. São Paulo, RT, 2000.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

LINTZ, Sebastião. *Teorias penais e confronto entre os Códigos Penais de 1940 e 1984*. Uberlândia, Zardo, 1991.

LUIZ, Luisi. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 48/59.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Direito Penal*. 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1992.

NETO, Alcides Munhoz. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, v. 33, p. 5/29.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. Causalidad, omisión e imprudência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, p. 32/74.

PIERANGELLI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. São Paulo, RT, 1997.

_____. *Da tentativa*, São Paulo, RT, 1995.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo, RT, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Virtual de Direito Penal*, 3, artigo 26, www.direitopenal.adv.br.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, p. 149/166.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 15, p. 125/157.

_____. *Teorias do delito*. São Paulo, RT, 1980.

Questões Controvertidas acerca da Exigência da Prática Forense¹ nos Concursos Jurídicos

Hugo César Amaral*

1. Apresentação

Diversos concursos exigem, como condição de ingresso na carreira jurídica, a satisfação do requisito de ter o candidato desempenhado a prática forense durante certo lapso de tempo.

Seguramente, tal exigência tem gerado inúmeras disputas judiciais atinentes, sobretudo, ao sentido e à amplitude que são de ser atribuídos à expressão “prática forense” e, ainda, ao correto momento de se exigir do candidato a prova da satisfação do requisito.

Vozes há, ainda, que se levantam até contra a constitucionalidade de tal exigência, tachando-a de desrazoada e excessiva.

Neste brevíssimo estudo trataremos destas questões, apreciando como o STF e o STJ têm se posicionado sobre o assunto mencionando, ainda, como o tema foi tratado na discutida Reforma do Judiciário, veiculada recentemente pela EC 45/04.

* Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG, advogado em Uberlândia/MG.